



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



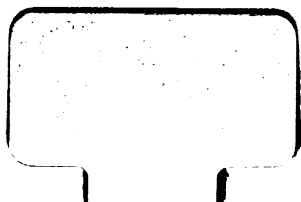
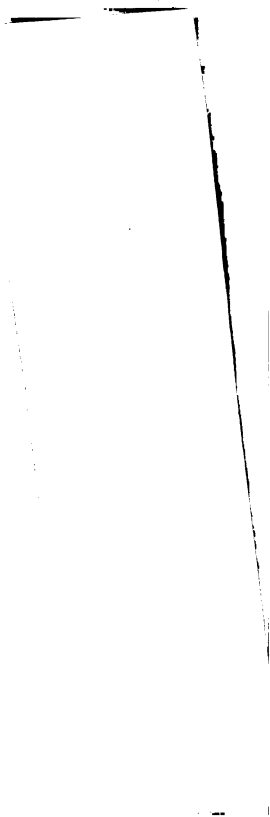
3 2044 097 742 258

HOLLANDER

UBER DEN ANIMUS IM RECHT DES BESITZES  
DER ROMER

1903

HARVARD  
LAW  
LIBRARY



Zeemans  
von Hollander  
liber animus hunc  
Lpib.

592





ÜBER DEN ANIMUS  
IM RECHT DES BESITZES DER RÖMER.

VON

HEINRICH VON HOLLANDER.

---

SONDERABZUG AUS:  
FESTGABE DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER VEREINIGTEN  
FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG  
FÜR HERMANN FITTING

---

HALLE A. S.  
MAX NIEMEYER  
1903

---

**SONDERABZUG AUS:  
FESTGABE DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER VEREINIGTEN  
FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG  
FÜR HERMANN FITTING**

---

**MAY 12 1921**



## Über den animus im Recht des Besitzes der Römer.

---

### I.

Als im Jahre 1803, also vor nahezu 100 Jahren, Savignys berühmte Monographie über „das Recht des Besitzes“ erschien, war es vielleicht noch weniger das wissenschaftliche Ergebnis, das die juristische Welt in Bewegung setzte, als die Methode, welche in derselben eingeschlagen wurde. Die ausserordentlich umsichtige Auswahl der einzelnen Quellenbeispiele und namentlich die geschickte und zielbewusste Handhabung derselben erregte berechtigtes Aufsehen. Abgesehen wurde dabei von allem philosophischen Beiwerk, welches, ein Produkt modernen Geistes, die Anschauungen der Römer leicht verwirren kann, mit Vorsicht angewandt die Dogmatik, welche, dem Geist der Römer fremd, in das überlieferte Recht leicht etwas hineinträgt, was mit demselben nichts zu thun hat. Gerade diese Entsagung in letzterer Beziehung hat — wie ich meine — zu dem beherrschenden Einfluss beigetragen, welchen Savignys Theorie ein Jahrhundert hindurch geübt hat. Ich bezweifle selbstverständlich nicht, dass auf gegebener *fester* Grundlage die Dogmatik auch tiefere Erkenntnis des reinen römischen Rechts zu bieten vermag. Wo aber dieser Boden fehlt

bezw. erst gewonnen werden muss, kann die dogmatische Ausgestaltung von Unbewiesenem oder gar Unrichtigem unmöglich Gewinn sein, wohl aber der Weg zu neuen Komplikationen. Beim Suchen nach dem reinen römischen Recht dürfen nicht Fragen entscheiden, welche dem Gesichtskreise der Römer völlig fern lagen. Namentlich aber kann die dogmatische Erkenntnis von Rechtssätzen, welche allein durch ein Missverstehen des römischen Rechts entstanden sind, unmöglich zu etwas nützen. Ein Gefühl der lange entbehrten Sicherheit musste es daher erwecken, dass Savigny allein aus dem Born des positiven Rechts schöpfte und alle philosophischen Spekulationen bei Seite liess. Man sah — wenn auch nicht das römische Recht in seiner wahren Gestalt erstehen, so doch den ersten Schritt dazu gethan.

Das Recht des Besitzes ist *nach* Savigny von vielen hervorragenden Juristen behandelt worden. Dennoch scheint selbst heute noch Savigny zu dominieren, wenn auch vieles in seiner Lehre längst als widerlegt gelten kann. Der Grund liegt m. E., abgesehen von der heute noch ungebrochenen Autorität des Begründers der historischen Schule, darin, dass nach Savigny kaum ein Jurist es mehr unternommen hat, die ganze Lehre unter weitgehender Heranziehung der Quellen zur vollen Darstellung zu bringen. Fast erweckt es den Anschein, als ob der Glanz des grossen Namens die Nachfolgenden zurückschreckte, eine Revision der vielfach unbefriedigenden Lehre von Grund aus durchzuführen. Man ist daher in der Lehre vom Besitz auch heute noch vor allem auf Savigny angewiesen.

Unter allen Angriffen, denen Savignys Lehre im Laufe des Jahrhunderts ausgesetzt gewesen ist, dürfte dennoch kaum ein Angriff derselben solche Wunden geschlagen haben, wie Iherings Buch über den „Besitzwillen“, welches 86 Jahre nach Savignys berühmtem Werke erschien. Iherings „Besitzwille“ kann sich m. E., was Einheit und Schlüssigkeit der Darstellung betrifft, mit den meisten anderen Werken des grossen Juristen nicht messen. Die Bedeutung dieses Buchs besteht vor allem darin, dass Ihering, von dem realistischen Gedanken der Unbeweisbarkeit des Besitzwillens ausgehend, diesen Gedanken durchzuführen bestrebt ist und damit dem altüberlieferten animus domini mit Energie den Krieg erklärt. Vieles in dem Buche ist kaum als gelungen anzusehen, dennoch liefert dasselbe ein Zeugnis dafür, dass ein dem praktischen Rechtsleben dienender Gedanke, auch wissenschaftlich, mehr Wert hat, als fein ersonnene und geistreiche Theorien, welche sich um die Bedürfnisse des praktischen Lebens nicht kümmern. Iherings Angriff gegen die hergebrachte Lehre vom animus domini vermochte aber dennoch nicht zu überzeugen, weil dieselbe nur dazu führte, für die Frage, ob Besitz oder Detention vorliege, den Besitzwillen auszuschliessen<sup>1)</sup>; was ihn aber nicht abhielt, den animus, dessen Unbeweisbarkeit er bemängelte, dennoch in seiner hergebrachten Innerlichkeit für die Besitzlehre zu verwerten. Damit geriet Ihering in Widerspruch zu sich selbst und in der Folge auch zu den Quellen.

Ihering geht in seinem Werke davon aus, dass das äussere Besitzverhältnis den animus schon in sich schliesst

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 8.

und deshalb für die Besitzklage auch der blosser Nachweis dieses äusseren Besitzverhältnisses (s. g. Corpus) genügen muss. Demzufolge sei es auch Sache des Gegners, wo Besitz behauptet werde, einen Grund darzuthun, der im vorliegenden Fall den Besitz auszuschliessen vermag. Besitz soll demnach überall angenommen werden, wo der äussere Thatbestand desselben vorliegt, falls und soweit nicht von der anderen Seite in der Person des angeblichen Besitzers ein Verhältnis dargethan wird, mit dem das römische Recht lediglich *Detention* verbunden hat. Innehabung der Sache ist nach Ihering Besitz, Gegenbeweis vorbehalten<sup>1)</sup>. Damit wird die Detention von Ihering unter den Gesichtspunkt eines *negativen Moments* des Thatbestandes, d. i. eines Besitzhindernisses gebracht, das vom Gegner bewiesen werden muss<sup>2)</sup>. Ihering stellt diese von ihm als Objektivitätstheorie bezeichnete Lehre somit der Subjektivitätstheorie Savignys gegenüber<sup>3)</sup>.

Wozu aber der animus im Besitz noch weiter figurirt, wird von Ihering noch nicht genügend aufgeklärt. Der animus ist äusserlich nicht erkennbar, die Innehabung allein macht schon Besitz. Wozu also der animus? Die unbestreitbare Thatsache, dass derselbe in den Quellen eine Rolle spielt, vermag allein noch nicht zu befriedigen; ebenso wenig, dass Ihering in Paulus „den Fanatiker der Konstruktion“ zu finden meinte, der die Lehre vom animus domini verschuldete und damit die Verwirrung in die Lehre vom Besitz gebracht hat. Ich vermag das dem Paulus vorgeworfene Sündenregister

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 11 und 167.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 173.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 8.

nicht anzuerkennen und halte ihn keineswegs für den verunglückten Dogmatiker, als den Ihering ihn hinstellt.

Ihering hat zwar — wie immer — auch in „dem Besitzwillen“ die Theorie mit grossem Geschick in den Dienst des praktischen Rechtslebens gestellt; er hat aber den von ihm angeregten Gedanken nicht bis zur äussersten Konsequenz durchgeführt und deshalb für seinen an sich fruchtbaren Gedanken einen befriedigenden Abschluss nicht finden *können*. Man kann demnach auch heute gegenüber der im allgemeinen doch ablehnenden Haltung kaum mehr Kuntzes Erregung verstehen, welcher er in seiner Erwiderung „Zur Besitzlehre, Für und wider Rudolf von Ihering“ Ausdruck giebt: „Stille herrscht, gleich als ob Schreck aller Civilisten Zunge gelähmt hätte, aber dem Ausland, welches auf die deutsche Jurisprudenz blickt, ist diese schuldig, das Schweigen zu brechen.“ (Vorwort S. IV.) Ihering hat mit seiner Theorie vom Besitzwillen Schule *nicht* gemacht.

## II.

In der Behandlung des römischen Rechts wird dadurch vielfach gefehlt, dass man nur zu häufig bei der Untersuchung von *Einzelfragen* die für das römische Privatrecht im *allgemeinen* geltenden grundlegenden Gedanken vernachlässigt, statt die Sätze der einzelnen Rechtsinstitute im Lichte solcher allgemeinen Prinzipien zu betrachten. Man behandelt die einzelnen Rechtsinstitute nicht ganz selten in *der* Weise, als ob dieselben völlig abgeschlossen daständen und unabhängig von der gesamten Rechtsentwicklung sich gebildet hätten. —

Richtiger Weise kann aber jedes einzelne Recht *nur* aus dem Entwicklungsgange heraus betrachtet werden, welcher das ganze Recht in seiner Allgemeinheit, wie in all' seinen Einzelheiten, beherrscht. Dieser Mangel an dem Festhalten allgemeiner Prinzipien tritt auch in der Behandlung des Besitzrechts in den letzten Dezennien hervor. — Bekanntlich war bereits seit fast einem halben Jahrhundert der Gedanke aufgetaucht und nicht erloschen, dass es vom Standpunkt des Verkehrsinteresses undurchführbar sei, Willenserklärungen, welche des inneren Willens ermangelten, der rechtlichen Bedeutung zu entkleiden. Das Innere sei nichts Greifbares und Beweisbares und es müsste der Verkehr sich jeder rechtlichen Ordnung entziehen, wenn man ungreifbaren und unbeweisbaren Momenten in demselben massgebenden Einfluss gestattete.<sup>1)</sup>

Solche und ähnliche überzeugende Erwägungen führten im Laufe der Zeit zur Revision der römischen Quellen und in den Augen *vieler* Juristen zur Erschütterung der bis dahin herrschenden sog. Willenstheorie. In meiner Abhandlung „zur Lehre vom error nach römischem Recht“ habe ich mich bemüht, den bis dahin mehrfach versuchten Beweis im Sinne der sog. Erklärungstheorie zu vervollständigen. Ich habe vor allem nachzuweisen unternommen, dass die in den Quellen unzählig oft wiederkehrenden Worte, wie animus, mens, voluntas, propositum u. a. m., soweit ihnen Rechtswirkungen zugeschrieben werden, stets nur denjenigen Willen bedeuten können, wie

---

<sup>1)</sup> Bekker, kritische Vierteljahrsschrift Bd. III S. 186—202 und später Bd. XXII S. 51 ff.



er allein aus der Willenserklärung hervortritt, dass sonach der Wortlaut des Abstrakten *nur* zum Ausdruck des nach Aussen Erklärten dient. Diese Erscheinung findet leicht ihre Erklärung in der historischen Entwicklung, durch den entstandenen Gegensatz zwischen den formlosen Rechtsgeschäften und der früher *allein* herrschenden Form. Der überall in den Quellen hervortretende Dualismus von Form und Formlosigkeit sei es daher auch gewesen, welcher die formlosen Rechtsgeschäfte, als dem Willen entstammend, erscheinen liess, während die dispositive Natur des Privatrechts unter der Herrschaft der Formalverträge den Römern überhaupt noch gar nicht zum Bewusstsein gekommen war. Ich unterlasse die weitere Rekapitulation und beziehe mich auf meine Ausführungen vom ersten bis zum letzten Wort, die ich in allen wesentlichen Teilen voll aufrecht erhalte.

Auffallend ist demnach, dass man bisher den animus im Besitz mit dem animus und der voluntas bei Willenserklärungen noch nicht in Zusammenhang zu bringen versucht hat. Denn sollte für die Lehre von den Willenserklärungen der Nachweis gelungen sein, so sind die Konsequenzen für den Besitz naheliegend genug. Bedeuteten die Worte animus, voluntas u. a. m. einen *äusseren* Thatbestand und nicht einen *inneren* Vorgang, so ist auch der Gedanke, dass für den Besitz das Wort „animus“ den *inneren* Willen ausdrücken soll, zurückzuweisen. Diese Behauptung kann nur *dann ernstlich* in Zweifel gezogen werden, wenn sich der Beweis erbringen lässt, dass irgendwo im römischen Recht einem ausschliesslich *inneren* Vorgang Rechtswirkungen zugeschrieben werden. Für die Willenserklärung wird

solches selbst von den Anhängern der Willenstheorie auch in keiner Weise behauptet, da diese *ausser* dem Inneren *auch* etwas Äusseres für eine Willenserklärung fordern. *Einzig* für den Besitz wird an der ausschliesslichen Innerlichkeit des animus festgehalten. Ich vermag im gesamten römischen Privatrecht Rechtssätze *nicht* aufzufinden, welche dem inneren Willen irgend welche Rechtswirkungen einräumen und erkläre mich deshalb auch *ausser* Stande, den animus im Besitz im hergebrachten Sinne zu deuten.

Ihering geht trotz seines Angriffs gegen die Lehre Savignys dennoch vom Standpunkt der unerschütterten Willenstheorie aus und will corpus und animus in gleicher Weise, wie Wort und Gedanken, zu einander in Beziehung setzen. Er führt zu diesem Zwecke aus: „In Wirklichkeit hat, wie der animus ohne das corpus, so auch das corpus ohne animus gar keine Existenz. Beide entstehen dadurch, dass der Wille sich in dem Verhältnis zur Sache verkörpert. Der Besitz ist mithin *nicht* das blosse Zusammentreffen von corpus und animus, was für jedes der beiden Erfordernisse bereits ihr vorheriges Dasein in sich schliessen würde, sondern das corpus ist die *That des Willens*, es ist vorher ebenso wenig da, wie das Wort, bevor es gesprochen wird. Wie Wort und Gedanke, so verhalten sich corpus und animus. Im Wort verkörpert sich der bis dahin rein innerliche Gedanke, im corpus der bis dahin rein innerliche Wille; für die Wahrnehmung existiert bis dahin keines von beiden. Das Raumverhältnis hat bloss die Bedeutung einer unerlässlichen Voraussetzung und der Realisierung des Besitzwillens, aber zum corpus gestaltet es sich erst

in *dem* Momente, wo der Wille ihm den Stempel des Besitzverhältnisses aufprägt.“<sup>1)</sup>

Diese Ausführungen sind in ihren Grundgedanken nicht zuerst von Ihering ausgesprochen. Bereits Lenz hat ähnliches entwickelt,<sup>2)</sup> dem sich wiederum Kuntze anschloss; indem er das *corpus* nicht als etwas Selbstständiges hinstellte, sondern als Produkt eines darauf abzielenden Willens,<sup>3)</sup> später sogar als ein dem *animus* immanentes Moment.<sup>4)</sup> Desgleichen hatte sich *vor* Ihering schon Bekker ähnlich dem letzteren ausgedrückt, wenn er *corpus* als Bethätigung, nicht Erklärung des Willens bezeichnete.<sup>5)</sup> Zuletzt hat noch Oertmann eine ähnliche Anschauung vertreten, indem er in dem *corpus possidendi* die Objektivierung des Besitzwillens sieht.<sup>6)</sup>

Es fragt sich nun: lässt sich das in den verschiedensten Modifikationen hier Vorgeführte als richtig anerkennen? Iherings Ansicht, welche das *corpus* und *animus* in Parallele setzt zu Wort und Gedanke, erweist sich bereits als ohne Weiteres widerlegt, wenn man in der Theorie der Willenserklärungen sich gegen die sog. Willenstheorie entscheidet. Gleichzeitig muss dabei befremden, dass Ihering, der den *animus* als unbeweisbar in seiner Bedeutung für die Besitzlehre so sehr zurückdrängt, dennoch den *animus* in dieser Weise verwertet.

Die Bezeichnung des *corpus* als *die That* des Willens (oder wie Bekker sich noch schärfer ausdrückt, als die

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 35 ffg.

<sup>2)</sup> Lenz, das Recht des Besitzes in seinen Grundlagen S. 168 ffg.

<sup>3)</sup> a. a. O. S. 93.

<sup>4)</sup> a. a. O. S. 97.

<sup>5)</sup> Besitz S. 182.

<sup>6)</sup> Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 20 S. 226.

Bethätigung des Willens) scheint mir das Verhältnis sicher nicht richtig zu bestimmen. Während *die* Willenserklärung sich als etwas genau Umgrenztes, und somit juristisch Fassbares darstellt, lässt sich dasselbe vom corpus jedenfalls *nicht* sagen. Beim Besitz von Grundstücken fällt solches besonders in die Augen. In demselben tatsächlichen Verhältnis, wie der Besitzer, vermögen äusserlich *viele* zur Sache zu stehen, die nicht im Entferntesten daran denken, den Besitz an der Sache erwerben zu wollen (vgl. I 3 § 1 de poss u. I 41 eod). Aber auch bei beweglichen Sachen trifft dasselbe oft genug zu. Das Verhältnis tatsächlicher Herrschaft vermag innerlich Gewolltes niemals präzise auszudrücken oder gar dem animus in solcher Weise adäquat zu sein, wie Wort und Wille. Die tatsächliche Herrschaft in Gestalt des corpus entbehrt derjenigen Substantiierung, wie sie doch in Worten mit Leichtigkeit ihren Ausdruck findet. Das corpus bedarf daher noch einer *äusseren* Bestimmung, welche Inhalt und Zweck des Habens begründet und umgrenzt. Während sonach die Willenserklärung in jeder Beziehung sich zum Ausdruck des Willens qualifiziert, bleibt das corpus ohne Hinzutritt einer solchen äusseren Bestimmung den mannigfachsten Deutungen ausgesetzt. Nach dem Wesen dieser *äusseren Bestimmung* muss daher gesucht werden.

Vor allem muss es sich darum handeln, eine mit den sonstigen Erscheinungen des römischen Privatrechts in Einklang zu bringende Fassung für diese äussere Bestimmung zu finden und diese auf den animus in Anwendung zu bringen. Die Parallele mit den Realverträgen liegt hier — wie es mir scheint — nicht allzu fern. Wenn man in den Quellen bei den Realverträgen spricht, dass re obligiert

wird, so ist dennoch kein Zweifel, dass der consensus der Kontrahenten bei diesen dieselbe bestimmende Rolle spielt, wie bei den sog. Konsensualverträgen (I 3 § 1 D. XLIV. 7; I 19 pr. D. XII. 1; I 20 eodem). Ursprünglich herrschte freilich der Gedanke vor, dass allein durch Hingabe der Sache (res) eine Klage begründet werde. Diese Klage auf Rückgabe der Sache war aber nicht als Kontraktsklage aufzufassen, sondern nur als eine *condictio* wegen ungerechtfertigter Verschiebung der Vermögensverhältnisse (Bereicherung<sup>1)</sup>). Der Ausgangspunkt für das *mutuum* war wohl die *lex Silia*, der für das *commodatum* und *pignus* die *lex Calpurnia*<sup>2)</sup>. Die Kontraktsklagen bildeten sich vermutlich erst infolge langwieriger Entwicklung, indem die Vereinbarung über die Rückgabe, Gebrauch usw., welche, als ausserhalb des Rechtsverhältnisses befindlich, angesehen wurde, mit der *res* zu einem *einheitlichen* untrennbaren Ganzen vereinigt wurden. Die der *res* vorausgehende oder sie begleitende Vereinbarung war damit das *actum* oder *id quod agitur*<sup>3)</sup>, welches der *res* erst Richtung und Inhalt gab. So fügte sich zur *res* der consensus der Kontrahenten. Man bedurfte der *condictio* nicht mehr und hatte nunmehr eine Klage auf Grund des Kontraktsverhältnisses. An diese Entstehung erinnert offenbar noch *heute* die Vereinigung des *mutuum* mit den verschiedenen Kondiktionen zu einem Buch in den *Digesten*<sup>4)</sup>. Diese historische Reminiszenz lässt wohl

---

<sup>1)</sup> I 1 de. reb. cred. XII. 1.

<sup>2)</sup> Gaj. Inst. IV §§ 19 u. 20.

<sup>3)</sup> von Hollander, a. a. O. S. 51—69.

<sup>4)</sup> Vgl. Pernice, Labeo, Bd. I S. 416 ffg. und Bekker, Aktionen, Bd. 1 S. 112—134.

die späteren Juristen noch davon sprechen, dass *re obligiert* werde, obgleich der *consensus* zum Inhalt des Vertrages in gleicher Weise gefordert wird, wie die *res*. Die *res* vereinigte sich mithin im entwickelten Recht mit ihrer *causa* zu einem *einheitlichen* Verträge.

Führt man sich diese Gestaltung der Realverträge vor Augen, so erscheint bemerkenswert und gar nicht genug zu beachten, dass der einzige *titulus* der *Digesten*, welcher über Besitz handelt — wenn man von den Besitzklagen absieht — keineswegs den *Besitzzustand* zu seinem Inhalt hat, sondern sich vielmehr seinem Namen, wie auch seinem Inhalt nach, mit dem *Besitzerwerb* und *Besitzverlust* beschäftigt (*de acquir. et. amitt. poss. D. XLI. 2.*). Insbesondere diejenigen Stellen des *titulus*, welche am Markantesten vom *corpus* und *animus* sprechen, behandeln gerade nur den *Besitzerwerb* und *Besitzverlust* (*l 3 § 1 und l 8 eodem*).

Somit wird aber die Parallele mit den Realverträgen immer näher gerückt. Der Schluss ist nicht abzuweisen: das bloße Erlangen der tatsächlichen Herrschaft vermag zum Besitz ebenso wenig zu führen, wie die bloße Hingabe einer Sache zum Realvertrage. Das Privatrecht hat sich im Laufe der Zeit zum Gedanken des Willens durchgerungen und sich auf dieser Grundlage in *allen seinen* Teilen aufgebaut. Wie somit die *res* vom *consensus* der *Contrahenten* muss auch das *corpus* von der Willenserklärung begleitet sein, (mag dieselbe nur in Worten oder in anderen Handlungen bestehen), aus welcher unzweifelhaft hervorgeht, dass der Erwerber an der in Rede stehenden Sache auch *wirklich* Besitz erwerben *will*. Diese Willenserklärung lässt sich aber bei Übertragung



des Besitzes in Folge eines Vertrages nicht *anders*, als durch den Vertrag selbst erweisen. So wird aus dem abgeschlossenen Kaufvertrag die erforderliche Willenserklärung für den Erwerb des Besitzes an der gekauften Sache hergeleitet, dergleichen aus dem abgeschlossenen Pfandvertrage der Erwerb des Besitzes an dem übertragenen Pfandobjekt. Somit steht *neben* dem *corpus* der *animus*, nicht als ein unbeweisbarer *innerer* Wille, sondern als ein äusserlich hervortretender, *erklärter* Wille. *Wie die* Hingabe der *res* beim Realvertrage von seiner *causa* unzertrennlich ist, so gilt dasselbe auch für den Besitzerwerb.

Wo Verträge die *causa possessionis* bilden, ist mithin der *animus* von *selbst* gegeben. Der Vertrag selbst enthält bei bestimmten Verträgen auf Grund bestehender Rechtssatzung, bereits die auf *Übertragung und Erwerb* des Besitzes gerichtete Willenserklärung, wenn auch nicht immer *ausdrücklich* ausgesprochen, so doch implizite als Bestandteil des Vertrages selbst. Wer den Vertrag zu wollen erklärt, erklärt damit auch die Rechtswirkungen zu wollen, welche sich nach rechtlichen Grundsätzen als natürliche Bestandteile des gewollten Rechtsgeschäfts darstellen.<sup>1)</sup>

Der Besitz braucht aber nicht notwendig in Folge eines Vertrages übertragen zu sein. Er kann auch *einseitig* und sogar *widerrechtlich* durch den Räuber oder Dieb erworben werden. Der *animus* lässt sich hier freilich meist nicht aus einer bestimmten Willenserklärung *in Worten* herleiten, wohl aber kann er aus den Handlungen, unter

---

<sup>1)</sup> Lencl, Iherings Jahrb. Bd. XIX S. 158.

Berücksichtigung des individuellen Falls, entnommen werden, aus welchem hervorgeht, dass der Räuber oder Dieb den Besitz der Sache erwerben *will*. Die Thatsache des Raubes oder Diebstahls schützt den Räuber oder Dieb vor der Annahme, dass er Detention und nicht Besitz erwerben will. Desgleichen wird bei der Occupation der Akt der Aneignung regelmässig so gestaltet sein, dass der animus aus demselben klar erkennbar wird.

Allem diesen widerspricht jedoch keineswegs, dass auch mit dem Erlangen der Detention ein animus verbunden ist. Dieser animus ist aber nicht auf Besitz-erwerb, sondern auf Detention gerichtet, ist also ein *anderer* animus, d. h. eine Willenserklärung, welche einen *anderen* Inhalt hat.

### III.

Schauen wir auf die Entwicklung des römischen Rechts in seinen grossen Zügen, so besteht kein Zweifel, dass der animus erst in späterer Zeit als Erforderniss des Besitzerwerbs zu dem rein thatsächlichen Inhalt hinzugetreten sein kann. Diese nach unserer Kenntniss der Rechtsentwicklung glaubhafte Thatsache wird namentlich von Paulus bestätigt, wenn er l 1 de acquir. et. amitt. poss. mit den Worten beginnt:

Possessio appellata est, ut et Laleo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt.

Das natürliche Haben allein war also in alter Zeit bereits mit Besitz identisch. Wer das Haben erlangte, erwarb damit Besitz. Wie und wann hat sich das geändert? Der Zeitpunkt lässt sich ungefähr bestimmen.

Die Entwicklung war in den letzten Dezennien der Republik in ihren Grundzügen wohl abgeschlossen. So lange das Rechtsleben allein von der Form beherrscht war, mussten „für das Privatrecht“ Worte, wie *animus*, *voluntas*, *consensus* als *Grundlage des Privatrechts* ein noch fremder Begriff sein. Nur, wo der Form genügt war, wurde eine Klage gegeben. Erst mit den Consensualverträgen tauchte der Gedanke auf, dass im Privatrecht alles auf den Willen des Einzelnen gestellt sei. Ein langwieriger Prozess musste vorhergehen, bevor den Römern der dispositive Charakter des Privatrechts zum vollen Bewusstsein kam. Mit welchen Schwierigkeiten der Übergang verbunden war, kann man ermessen, wenn man sieht, wie selbst heute, auch bei scharfsinnigen und klar denkenden Juristen, die dispositive Natur des Privatrechts in all' ihren Konsequenzen keineswegs immer volles Verständnis findet. Es kommt darauf an, sich darüber klar zu sein, dass im Privatrecht *jede einzelne Rechtswirkung* auf den ausdrücklich ausgesprochenen oder wenigstens doch zu vermutenden Willen zurückzuführen ist. Aus dieser Erkenntnis müssen die Konsequenzen für *alle* Teile des Privatrechts gezogen werden, mithin auch für den Besitz, soweit demselben Rechtswirkungen beigelegt werden.

Diese Konsequenzen für den Besitz liegen aber auf der Hand. Wird im Privatrecht (in der Folge sogar bei Formalverträgen)<sup>1)</sup> alles auf den *erklärten Willen* der Rechtssubjekte zurückgeführt, so kann, wenn der Besitz mit bestimmten, für das Privatrecht bedeutungsvollen

---

<sup>1)</sup> I 3 § 2 de obl. et act.

Rechtswirkungen bekleidet bleiben sollte, nicht mehr der Erwerb der tatsächlichen Herrschaft genügen, sondern musste der Erwerb auch begleitet sein von einer Willenserklärung, welche der Herrschaft erst Inhalt und Zweck giebt. Es musste mit einem Wort zum corpus der animus hinzutreten. Die Erkenntnis der dispositiven Natur des Privatrechts schuf aus der bisher, aller scharfen Begrenzung entbehrenden tatsächlichen Herrschaft des Besitzers über die besessene Sache ein den *Grundlagen des Privatrechts entsprechendes*, von einem zielbewussten Gedanken getragenes jus possessionis. Die res facti wurde in anderem, als dem *herkömmlichen* Sinne, zur *res juris*.

Das in den Quellen mehrfach wiederkehrende Wort: *jus possessionis* weist überdies jeden Zweifel daran zurück, dass der Charakter des Besitzes als *jus* den Römern fremd gewesen ist. (I 44 pr. h. t; I 5 § 1 D. XLVIII. 6; I 2 § 38 D. XLIII 8).

Diese den Erwerb der Herrschaft begleitenden, dieselbe erst in Wahrheit begründenden Willenserklärungen erwiesen sich aber in dieser Periode als um so unerlässlicher, weil in derselben eine ganze Reihe von Rechtsbildungen hervorgetreten waren, welche freilich den bez. Rechtssubjekten wohl Innehabung gewährten, auf diese aber die *Rechtsfolgen* des Besitzes nicht ausdehnten. Der Commodatar, der Depositär, der Mieter, Pächter u. s. w. hatten keinen Interdictenschutz. Um so mehr musste daher, da Besitz und Detention äusserlich vielfach das gleiche Aussehen trugen, etwas zum corpus hinzutreten, was jeden Zweifel beseitigte, ob Besitz oder Detention anzunehmen sei. Dieses konnte aber nur die Willenserklärung

der Beteiligten darüber sein, ob Besitz oder Detention erworben werden solle. Diese Willenserklärung bildet den animus, der dem Erwerb der Herrschaft, dem corpus, sich hinzugesellte. Wie der Eigentumserwerb der causa bedarf,<sup>1)</sup> ist seitdem auch für den Besitz die causa nicht zu umgehen.

Wir finden aber im Gegensatz hierzu allerdings auch Verträge in den Quellen erwähnt, in denen der Besitz als *Selbstzweck* in Vertragsverhältnissen den Gegenstand der Leistung bildet.

Ich zitiere

l 28 D. XLI. 2.

non et si rem meam tu possideas et ego emam a te possessionem ejus rei rei stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio.

und ebenso l 46 D. XXIV. 1.

inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.

Hier wird also der Besitz nicht zum Zweck der Eigentumsübertragung oder der Übergabe des Pfandobjekts übertragen, sondern der Besitz als *Selbstzweck* wird übertragen. Dem Besitz scheint demnach die causa zu fehlen. Was soll dieser Besitz, der weder unter den Gesichtspunkt des Eigentumsbesitzes noch unter den der abgeleiteten Besitzarten zu fallen scheint?

Als Aufklärung kann namentlich l 115. D. de verb sign. L. 16 dienen, wo es heisst:

---

<sup>1)</sup> numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur (l 31 pro e acquir dominio).

cujus proprietates ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus: possessio ergo usus, ager proprietates loci est.

Possessio wird hier mit usus als gleichbedeutend gebraucht. Eine Erklärung hierfür lässt sich wohl nur in der historischen Entwicklung finden und sich namentlich aus D. XLIII. 26. de precario herleiten.

In l. 2. § 3 namentlich wird als Inhalt des precarium die possessio vel corporis vel juris bezeichnet und in der Folge auch die nahe Beziehung von possessio und usus dargethan. Dass aber diese Identifizierung von possessio und usus nur als ein Überbleibsel alten Rechts zu verstehen ist, dafür legt Zeugnis ab der § 3 der l 2 in seiner Vollständigkeit:

habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat.

Für das precarium wird also nicht *consensus* als Grund für das Rechtsverhältnis angegeben, sondern *quod preces adhibuit et impetravit*. Das precarium legitimiert sich damit als ein Rechtsverhältnis aus der Zeit der Väter und ist dementsprechend offenbar auch die Identifizierung von possessio und usus in dieselbe Zeit zu verlegen (vgl. l 4 §§ 1 u. 4, D. XLIII. 26; l 9; l 15 § 4 eod. und überhaupt der titulus in nahezu allen Fragmenten). Ich gelange mithin zu der dringenden Vermutung, dass possessio für das alte Recht sich namentlich als usus manifestierte. Mit Einführung der Real- und Censualverträge kamen die Verträge über die



possessio als Selbstzweck wohl gänzlich ausser Gebrauch. Der Miet- und Pachtvertrag insbesondere ersetzte denselben. Interessant ist aber, dass das neue Recht solche Verträge über possessio allmählich als Bestandteil *einzelner bestimmter Verträge* diesen einverleibte. Dass im Laufe der Zeit der usus allmählich aufhörte, den wesentlichen Inhalt der possessio zu bilden (wie z. B. beim Pfandvertrage), ist an sich wohl begreiflich.

In erster Reihe wird demnach der Vertrag über den Besitz *regelmässig* Bestandteil *solcher* Verträge, durch welche Eigentum übertragen werden sollte. Aber auch die abgeleiteten Besitzarten bereiten, von diesem Gesichtspunkt aus gesehen, keine besondere Schwierigkeit. Selbstverständlich ist den einzelnen Kontrahenten unbenommen, über den Besitz in Ansehung einer Sache besondere Vereinbarungen zu treffen. Ebenso bleibt es aber auch dem *Recht* unverwehrt, den Besitz zum Bestandteil einzelner besonderer Verträge zu erheben, je nach dem vorhandenen Bedürfnis. Der ausschliessenden Beredung der Kontrahenten wird trotzdem keine Grenze gesetzt. Für den innehabenden Pfandgläubiger ist der historische und wirtschaftliche Grund des Besitzschutzes leicht zu finden. Die Ausdehnung des Besitzschutzes auf die mannigfachen Rechtsverhältnisse ist jedoch für die grundlegenden Gedanken des Besitzes ohne tieferes Interesse.

#### IV.

Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass die Quellen, wo sie sich mit dem Besitz beschäftigen, in erster Reihe

den *Besitzerwerb* und *Besitzverlust* erörtern, während die Fortdauer des Besitzes, der *Besitzzustand*, demgegenüber in den Hintergrund tritt. Der Titel D. XLI. 2, welcher die massgebendsten *leges* über den Besitz enthält, ist deshalb mit vollem Recht „*de aquirenda et amittenda possessione*“ überschrieben. Bemerkenswert ist daher auch, dass, wo in nachdrücklicher Weise *corpus* und *animus* hervortritt, niemals vom *Besitzzustand*, sondern nur vom *Besitzerwerb* und *Besitzverlust* die Rede ist. (I 3 § 1. h. t. und I 8 h. t.) Diese Beobachtung dient als Bestätigung dafür, dass *animus* den aus der *causa possessionis* hervortretenden Willen auszudrücken be-  
• rufen ist.

Die Frage aber, welche *zunächst* hier in Betracht kommt, ist, ob die einzelnen Quellenzeugnisse in An-  
scheidung des *Besitzerwerbes* und -verlustes der Auffassung von *animus* als dem aus der *causa possessionis* zu ent-  
lehnenden Willen etwa entschiedenen Widerspruch ent-  
gegensetzen. Die allgemeinen Gesichtspunkte, welche ich in Vorstehendem eingehend ausgeführt habe, lassen meiner Ansicht nach einen Zweifel über die Richtigkeit meiner Ansicht kaum zu, es müsste denn sein, dass die *Einzelexegese* ein durchaus negatives Resultat ergäbe. Ich habe bereits in meiner Abhandlung „Zur Lehre vom *error*“ auszuführen und nachzuweisen gesucht, dass bei solchen Untersuchungen über ein einzelnes Wort die Resultate oft wenig sichere sind. Das einzelne Wort an sich kann meist sowohl die eine als die andere Lesart rechtfertigen. *Einzig* tiefer liegende Gesichtspunkte pflegen bei solchen Fragen den Ausschlag zu geben. Dennoch will ich auch *diese* Methode nicht ganz übergehen. Die

Zahl der einschlägigen Quellenbeispiele ist überdies für den Besitz keine übergrosse.

Zu unterscheiden ist für diese Untersuchung, um der Uebersichtlichkeit willen, der *animus* beim Besitzerwerb und Besitzverlust:

1) Die massgebendste Stelle für den Besitzerwerb ist die bekannte von Paulus (I 3 § 1 h. t).

El apiscimur possessionem corpore et animo,  
neque per se animo aut per se corpore.

Die Auffassung des *animus* als eines *inneren* Willens scheint mir durch den Wortlaut hier in der That wenig gerechtfertigt. An sich lässt sich schwerlich annehmen, dass ein Jurist von klarer Diktion, wie es doch Paulus war, eine Handlung (*corpus*) und etwas rein Abstraktes in einem Atemzuge neben einander stellen konnte. Diese Zusammenstellung muss meines Erachtens jeden, der nicht unter dem Banne einer alten Ueberlieferung steht, geradezu befremden und bereits die Ueberzeugung erwecken, dass *animus* den *inneren* Willen nicht ausdrücken *kann*. Noch weniger freilich dürfte allerdings das *Nebeneinander* von *corpus* und *animus* die Ansicht rechtfertigen, dass das *corpus* als That oder Bethätigung des Willens aufzufassen sei.

In keiner Weise aber findet ferner die hergebrachte Auffassung eine Unterstützung durch den folgenden Satz:

quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

Die Worte „dum mente et cogitatione hac sit“ lassen sich als eine bloss innere Absicht des Erwerbers nicht verstehen. Das Wort *cagitare* findet sich in den Quellen auch sonst als *Ausdruck* des Gedankens (I 94 D. D. V. O. XLV. I). Meines Erachtens soll hier offenbar gesagt sein, dass das Betreten des fundus allein als Besitzergreifung sich nicht ansehen lässt: es muss vielmehr aus genauer präzisierten Willenserklärungen die Absicht hervorgehen, das ganze Grundstück bis an seine Grenzen zu besitzen. Diese Willenserklärung kann aber naturgemäss nur aus der causa entnommen werden. Das Betreten des fundus gestaltet sich damit zu einer Illustration der causa und führt jedem, den es angeht, den Ernst seiner Absicht vor Augen. In diesem Sinne kann man von einer *Be-thätigung*, zwar nicht des *Willens*, wohl aber der *Willenserklärung* sprechen. Den animus nehme ich hiermit also gerade als etwas Äusseres in Anspruch.

Dem entspricht auch

I 3 § 3 h. t.

Neratius et Proculus: et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio.

Die Worte *autecedat* naturalis possessio lassen den animus zweifellos als etwas Äusseres erkennen. Wie soll das Wort antecedere die naturalis possessio in Beziehung setzen zu einem rein innerlichen Vorgang. Überdies erinnert der Wortlaut „solo animo“ nur allzusehr an die in den Quellen häufiger vorkommenden Ausdrücke sola oder nuda voluntas bzw. nudus consensus, wo zweifellos an einen inneren Willen gar nicht zu denken ist.<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> von Hollander a. a. O. S. 26 ff.

Hiermit scheint auch die Fortsetzung der letztangezogenen Stelle zu harmonieren.

ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet.

In diesem Quellenzitat wird das Hauptgewicht auf den animus gelegt, im Gegensatz zu dem nur losen Bande der naturalis possessio. Daraus allein muss geschlossen werden, dass animus einen *erklärten Willen* und nicht einen inneren Willen ausdrücken soll. (vgl. I 3 § 6 h. t.) Dasselbe trifft natürlich auf den possidendi affectus zu.

M. E. ist bereits aus den hier zitierten Quellenbeispielen zu ersehen, dass die Worte animus, affectus u. s. w. auch beim Besitz in derselben Weise gebraucht werden, wie in denjenigen Fällen, wo diese Worte einen *erklärten Willen* auszudrücken die Aufgabe haben. Ich meine, dass auch die Einzelexegese zu Gunsten des animus als eines erklärten Willens in Anspruch zu nehmen ist.

Von Interesse ist auch:

I 51. h. t.

quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et cum venditor tollere me jusserit, simul atque custodium posuissem, traditus mihi videtur. idem juris esse viuo vendito, cum universae amphorae vini simul essent.

In diesen Fall kann keinesfalls die Innerlichkeit des Willens in Betracht gezogen werden. Das Wort quarundam

rerum weist in diesem Zusammenhang vielmehr darauf hin, dass die Schwerfälligkeit des Gegenstandes eine analoge Behandlung, wie bei unbeweglichen Gegenständen, zu fordern scheint. Labeo spricht in Folge dessen im Gegensatz zur körperlichen Übertragung von einem Besitzerwerb *animo*, weil die Einräumung des *Besitzes in Worten* hier die körperliche Besitzübertragung zu ersetzen berufen ist. Die Worte *cum venditor tollere me jusserit* weisen unzweifelhaft auf den *animus* als einen *erklärten Willen* hin.

Endlich scheint auch I 1 § 3 h. t. zu einer veränderten Auffassung von *animus* sicherlich nicht zu führen:

*fariosus, et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat.*

Dem *furiosus* und dem *pupillus* wird hier die Fähigkeit zum Besitzerwerb abgesprochen. Die Begründung *quia affectionem tenendi non habent*, soll unter Beziehung auf die Worte bei Beginn derselben *lex: quia naturaliter tenetur* doch nur ausdrücken, dass dem *furiosus* und *pupillus* zu Willenserklärungen über den Erwerb des Besitzes die Fähigkeit abgeht. Das Ergreifen einer Sache macht es nicht. Dasselbe muss begleitet sein von den entsprechenden Willenserklärungen: Ohne diese ist ein rechtsgiltiger Besitzerwerb *nicht* möglich.<sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> Vgl. I 1 § 10 und 11; I 18 § 1; I 29; I 32, alle h. t.; vgl. auch I 1 § 12 D. XLIV. 7.



Ich lasse mir an den erörterten Quellenbeispielen genügen. Die Zahl der für den Besitzerwerb in Frage stehenden ist überhaupt nicht sehr gross. Nirgends ist ein Beispiel zu finden, das zur Auffassung des animus als eines inneren Willens nötigte. Die grössere Zahl derselben zwingt vielmehr zur Auffassung von einem *erklärten* und nicht einem *inneren* Willen.

2) Für den Besitzverlust kommt in erster Reihe auch eine Stelle des Paulus in Frage:

l 8. h. t.

quemadmodum nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in quatuor utrumque in contrarium actum est.<sup>1)</sup>

Ich unterlasse hier die Untersuchung, ob — wie Savigny meint — das utrumque hierfür alterutrum zu nehmen sei. An sich kann wohl nicht zweifelhaft sein, dass der Verlust des Besitzes corpore *allein* eintreten kann (l 3 §§ 8 und 18; l 29 h. t.); ebenso lässt sich auch nicht in Abrede nehmen, dass für *bewegliche Sachen* der Besitz auch animo *allein* verloren gehen kann. Worauf es hier namentlich ankommt, ist die Frage, ob in der angezogenen l 8. das Wort „animo“ auf einen inneren Willen überhaupt bezogen werden *kann*. Da weise ich darauf hin, dass die Worte in contrarium actum für beides sowohl corpore et animo, ein actum d. h. also ein *Handeln*, ein Geschehen voraussetzen,<sup>2)</sup> woraus ich auch für diese lex die blosse Innerlichkeit des animus für widerlegt ansehe.

<sup>1)</sup> Vgl. auch l 153 D. L. 17.

<sup>2)</sup> Vgl. v. Hollander a. a. O. S. 52.

Ein gleiches scheint mir erwiesen aus

1 3 § 6 h. t.

in amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet intuenda est: itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem: igitur amitti et *animo solo* potest, quamvis adquiri non potest.

Aus 1 3 § 3 habe ich vorhin bereits den Nachweis geliefert, dass von einem inneren Willen nicht die Rede sein kann. Aus dem Zusammenhalt mit *diesem* § 3 ist daher wiederum zu entnehmen, dass auch hier die Worte et animo solo sich *nur* auf den *ausgedrückten Willen* zu beziehen vermögen.<sup>1)</sup>

Ich lege auf eine einzelne Quellenstelle im Übrigen kein entscheidendes Gewicht. Mir genügt der Nachweis, dass gerade in den am *meisten* in die Augen springenden Stellen der animus als innerer Wille keineswegs entgegtritt, vielmehr in der überwiegenden Zahl der einzelnen Beispiele animus nur für einen *erklärten Willen* genommen werden kann.

## V.

Ich habe nachzuweisen mich bemüht, dass animus beim Besitzerwerb nur die zum corpus hinzutretende Willenserklärung bedeuten kann, welche allein sich aus der causa possessionis herleiten lässt. Als essentielles Erfordernis finden wir corpus und animus deshalb auch einzig für den *Besitzerwerb* und *Besitzverlust* erwähnt, niemals aber für den Besitzzustand, den fortdauernden

<sup>1)</sup> Vgl. auch 1 17 § 1 h. t.

Besitz — eine Auffassung, welche den animus als etwas Inneres durchaus zurückweist, dagegen dafür Zeugnis ablegt, dass animus nur den Willen ausdrücken will, welcher aus der Entstehungsursache des Besitzes herzuleiten ist und *diesen* begründet.

Allerdings sehen wir dennoch mehrfach auch *dort* von animo possidere sprechen, wo zweifellos nicht Besitzerwerb oder *-verlust*, sondern einzig ein Besitz*-zustand* in Frage steht. Es gilt daher, zu untersuchen, wie dieses animo possidere sich rechtfertigen lässt.

So heisst es in:

l 3 § 11.

Saltus hibernos aestivosque animo possidemus,  
quamvis certis temporibus relinquamus.

Ebenso heisst es am Schluss

der l 44 § 2. h. t.

nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio  
retinetur animo.

Desgleichen in l 30 § 5:

retinere enim animo possessionem possumus, apisci  
non possumus.

Die Erklärung liegt auch hier nahe und zwingt keineswegs zur Annahme eines bloss *inneren* Willens. Die Sommer- und Wintertriften werden zu gewissen Jahreszeiten verlassen und entziehen sich damit der unmittelbaren physischen Herrschaft des Besitzers. Dennoch gilt der Besitz nicht als verloren; die wirtschaftliche Stellung dieser Triften bringt es vielmehr mit sich, dass sie ganze Perioden hindurch der Nutzung nicht unterliegen und deshalb auch eine besondere unmittel-

bare Detention unnötig machen. In Wirklichkeit aber haben wir hier doch nur eine Konsequenz derjenigen Grundsätze zu erkennen, welche für den Besitz an Grundstücken überhaupt zu gelten haben. An diesen ist ein ununterbrochenes, rein körperliches Band, wie es bei beweglichen Sachen vorkommen kann, nicht durchzuführen. Der Begriff des Besitzes bildet sich hier oftmals aus einzelnen der Zeit nach mehr oder weniger auseinander liegenden Handlungen. Der fundus gilt demnach auch noch als in unserem Besitz stehend, selbst wenn wir ihn auf längere oder kürzere Zeit verlassen haben. Von einem Aufgeben des Besitzes zumal kann erst gesprochen werden, wenn unzweifelhafte Willenserklärungen den Willen kundgeben, den Besitz aufgeben zu *wollen*. Begreiflich ist, dass unter *solchen* Verhältnissen davon gesprochen wird: man besitze animo. Die Worte animo possidere sollen, im *Gegensatz zum corpus*, auf die *Entstehungsursache* des Besitzes hinweisen, wenn auch das corpus äusserlich wenig zum Vorschein kommt. Begreiflich ist überhaupt, dass, seit der Besitz kausal wurde, das corpus immer weniger, auch *während des fortgesetzten Besitzes*, in die Erscheinung zu treten brauchte, da der Besitz durch die causa bereits mit Leichtigkeit nachzuweisen war. An Stelle der Hand trat das Wort<sup>1)</sup>, wenigstens insofern, als die das corpus darstellende Handlung vielfach vereinfacht und sogar unter gewissen Bedingungen als durch das Wort ersetzt angesehen werden *konnte*. Das „animo possidere“ bedeutet mithin nicht das Erfordernis

---

Ihering a. a. O. S. 28.

des *inneren* Willens für den Besitzzustand, sondern nur den Hinweis auf die *causa possessionis*, welche die Mängel des corpus unter gegebenen Bedingungen zu ersetzen vermag.

Allerdings finden wir auch einzelne Beispiele, welche einen Besitzzustand anzuzeigen *scheinen* und diesen dennoch durch corpus und animus aufrecht erhalten lassen.

Ein Mal kommt hier in Betracht:

l 3 § 1 2 h. t.

ceterum animo nostro, corpore etiam *alieno* pos-  
sidemus, sicut diximus per colonum et servum, nec  
movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes  
possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt.  
nam videmur eas eorundem et animo et corpore  
possidere.

Gewicht zu legen ist hier namentlich auf die Worte: quas servi peculiariter paraverunt. Diese weisen aber gerade auf den Besitzerwerb und nicht auf einen Besitzzustand hin. Der Schlusssatz nam videmur eas eorundem et animo et corpore possidere soll hiernach nichts anderes anzeigen, als dass der Besitz an dem peculium animo et corpore erworben worden ist. Nicht ein Besitzzustand, sondern allein Besitzerwerb steht also hier in Frage.<sup>1)</sup>

Dasselbe gilt auch für:

l 19 § 1 h. t.

quod scriptum est apud veteres neminem sibi cau-  
sam possessionis posse mutare, credibile est de eo

---

<sup>1)</sup> l 1 § 5 und l 44 § 1. h. t.

cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis dimissa possessione prima ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.

Wenn hier davon die Rede ist, dass der Besitzer schlüssig wird, aus einem *anderen* Grunde besitzen zu wollen, so ist unvermeidlich, dass ihm der *gegenwärtige* Grund des Besitzes bei Gelegenheit dieses Entschlusses vor Augen steht. Die Worte qui et corpore et animo incumbens bezeichnen demnach nur denjenigen Besitzzustand, wie er durch seine Entstehungsursache animo et corpore sich kennzeichnet.

Man sieht, dass auch dort, wo von corpore et animo possidere in den Quellen gesprochen wird, nur derjenige Besitzzustand in Rede steht, wie er sich durch seine causa individualisiert. Ebenso erscheint auch für den Wortlaut animo possidere eine Erklärung gefunden, welche jeden Widerspruch zu dem von mir *Ausgeführten* zu widerlegen scheint.

## VI.

Die Gestalt der Justinianischen Kompilation bietet unschwer die Aufklärung für die Entstehung des unquellenmässigen animus domini. In erster Reihe hatte wohl der Ausspruch des Paulus, dass der Besitz animo et corpore erworben werde, den Gedanken an einen *inneren* Willen für den Besitz erzeugt. In Verbindung hiermit aber hatte die Unterscheidung von Besitz und Detention zur weiteren Folgerung geführt, dass der Er-

werb der Detention einen animus nicht voraussetze. Wird nun aber zum Erwerb von juristischem Besitz animus gefordert, so kann *dieser* — so mochte weiter geschlossen werden — *nur* der animus domini sein, der sich für die sog. abgeleiteten Besitzarten zum animus rem sibi habendi erweiterte. Der erste Irrtum hatte — wie das so oft zu geschehen pflegt — fortzeugend *neue* Irrtümer geboren. Die Lehre vom animus domini war fertig und ein Jurist von der gewaltigen Bedeutung Savignys gab durch seine Autorität derselben erneute Festigkeit. Nicht genug ist Ihering nachzurühmen, dass er den Bann brach und die Lehre vom animus domini bezw. possidendi in seiner Unhaltbarkeit darzustellen bemüht war. Dennoch hat Ihering den *richtigen* Weg *nicht* eingeschlagen. Es fehlte bei ihm an der Erkenntnis der durchschlagenden Gesichtspunkte, es fehlte auch an einer richtigen Beurteilung des Quellenmaterials. Verfehlt ist aber auch namentlich der Versuch, Paulus als Jurist zu diskreditieren und ihm die Lehre vom animus domini zur Last zu legen<sup>1)</sup>. An sich ist es schon nicht ganz unbedenklich für einen Romanisten, grundlegende Ausführungen eines excerpierten Juristen als *Irrlehre* zu brandmarken, selbst da, wo man diesem Widerspruch mit anderen Pandektenjuristen nachweisen zu können glaubt. Bei der fragmentarischen Gestalt der Quellen liegt der Gedanke an eine verfehlt Auslegung der Quellen fast näher, als die Irrlehre eines einzelnen excerpierten Juristen in einer wichtigen Frage. Völlig unhaltbar ist die von Ihering verfolgte Methode aber, wo er nicht einmal im Stande ist, nachzuweisen, dass zwischen

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S 269.

Paulus und den anderen Pandektenjuristen in Ansehung der fraglichen Lehre ein Gegensatz bestanden hat. Ihering kann höchstens behaupten, dass die anderen Juristen von corpus und animus beim Besitz nicht mit *der* Entschiedenheit gesprochen haben, wie wir sie bei Paulus finden<sup>1)</sup>.

Ihering ist freilich auf Paulus überhaupt nicht gut zu sprechen. Er sieht in ihm den Fanatiker der Konstruktion, der sich „in seinem blinden Feuereifer zu Deutungen hinreissen“ lässt; bei denen man fragen möchte, ob er noch bei Sinnen gewesen ist.<sup>2)</sup> Mir liegt hier weniger an einer Ehrenrettung des Paulus, dem ich freilich die grösste Bewunderung nicht versagen kann. Die römische Jurisprudenz war aber dennoch weit grösser, als die römischen Juristen der Kaiserzeit. Was Paulus uns hinterlassen hat, ist weniger *sein* Werk, als das von ihm zur Darstellung gebrachte Produkt der Entwicklung vieler Jahrhunderte. Und dieses Erzeugnis vieler Jahrhunderte in Ansehung der Besitzlehre ist uns in ganzer Durchsichtigkeit *allein* von Paulus überliefert worden. Paulus allein verdanken wir es, wenn wir die Einheit und konsequente Durchbildung der römischen Rechtsentwicklung auch auf dem Gebiete des Besitzrechts noch zu bewundern in der Lage sind.

Ihering stützt seine Ansicht des Paulus namentlich auf I 1 § 20 de poss. und I 37 de pign. act., da in diesen Pauli Lehre über den animus possidentis namentlich zum Ausdruck kommen soll.

---

<sup>1)</sup> a. a. O. S 286.

<sup>2)</sup> a. a. O. S. 274.



Die l. 1 § 20 de poss. lautet:

per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt adquirere. alioquin si dicamus, per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita est, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.

Ich vermag in diesem Fragment einen Grund zur Annahme eines animus possidentis *nicht* zu finden. In demselben soll offenbar begründet werden, warum sich der Besitzerwerb durch Procuratoren oder Curatoren empfiehlt. Daher wird der Satz in den Vordergrund gestellt, dass uns durch diese Personen Besitz erworben werde. Nur dann wird uns durch dieselben nicht Besitz erworben, wenn die Stellvertreter in eigenem Namen Besitz erlangen wollen, da die Erklärung der Stellvertreter auf Besitzerwerb *im eigenen Namen* gerichtet ist (non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent). Keinen Zweck würde es aber haben, wenn man annehmen wollte, dass die Stellvertreter für uns den Besitz nicht zu erwerben vermöchten, da alsdann weder derjenige besitzen würde, der erklärt hat, den Besitz für *uns* erwerben zu wollen (quia non habeat animum possidentis), noch auch derjenige, der den Besitz übergeben hat, da dieser den Besitz aufgegeben hat. Man sieht: der animus possidentis wird hier gefolgert aus der Erklärung des Stellvertreters, für den dominus Besitz erwerben zu wollen. Paulus hat sonach an den animus possidentis bezw.

domini in Savignys Sinne nicht gedacht; derselbe ist die Erfindung einer späteren Nachwelt.

Noch weniger freilich vermag ich in der l 37 einen animus possidentis zu entdecken.

si pignus mihi traditum loeassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.

Der Pfandgläubiger, der den juristischen Besitz der Sache hat, verpachtet denselben an den Pfandschuldner, d. h. an den Eigentümer. Durch den Pachtvertrag kann aber selbstredend der Besitz des Pfandgläubigers in *keiner* Weise alteriert werden, weil *vor* Abschluss des Pachtvertrages der Besitz dem Pfandschuldner *auch* nicht zukam und mit dem Pachtvertrage die Übertragung des Besitzes an den Pächter *nicht* verbunden ist. Letzteres wird hier so ausgedrückt, dass der Verpächter den Willen hat, den Besitz zurückzubehalten, der Pächter aber *nicht* den Willen hat, den Besitz zu erwerben. Das heisst aber mit anderen Worten, dass gerade die den Pachtvertrag enthaltenden *Willenserklärungen* die Vereinbarung einer besonderen Besitzübergabe an den Pächter ausschliessen. Auch hier ist sonach nichts von einem animus possidentis zu finden. Der animus ist auch hier der Ausdruck des Willens, Besitz oder nicht Besitz übertragen zu wollen.<sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> Auch in manchen anderen Quellenzitaten vermag ich den für denselben in Anspruch genommenen animus possidentis *nicht* zu finden (vgl. l 18 pr. D. XLI. 2; und l 77 D VI. 1.

Mag somit auch Paulus als derjenige unter den römischen Juristen angesehen werden, der die Fragen von Besitz am eingehendsten und klarsten erörtert hat, eine Abweichung von der allgemeinen Lehre ist dennoch bei ihm in keiner Weise festzustellen. Auch bei anderen Juristen sehen wir — und darauf kommt es hier an — den *animus* betont (Marcellus I 18 § 1; Celsus I 18 § 3; Papinian I 44 § 21 und I 46). Sie haben damit nur dem Standpunkt des römischen Rechts im Allgemeinen Ausdruck gegeben, dass der Besitzerwerb, wie der Erwerb jedes *anderen* Rechts, auch der Willenserklärung des Erwerbers bedarf. Ein Gegensatz zwischen Paulus und den übrigen römischen Juristen in der Besitzlehre ist nicht allein unerwiesen, sondern durchaus unglaubwürdig.

## VII.

Der Besitz musste — wie jedes Recht privatrechtlichen Charakters — von seiner *causa* abhängig gemacht werden. Das blosse Haben konnte unter der Geltung des auf den Willen gestellten Privatrechts nicht mit Rechtswirkungen verbunden sein. Zum *corpus* musste der *animus* hinzutreten. Der *animus* war — wie er sich als die unausbleibliche Folge des neueren römischen Privatrechts überhaupt darstellt — so auch eine Konsequenz der Spaltung des Besitzes in juristischen Besitz und Detention. Will man namentlich juristischen Besitz und Detention erkennen, so bleibt als einziges Unterscheidungszeichen die Art und Weise ihrer Entstehung. Das Erfordernis der *causa* für den Besitzerwerb ist demnach entsprungen, ebensowohl aus der dispositiven Natur des Privatrechts, wie aus der Geschichte des Besitzrechts im Besonderen.

Wer seitdem den Interdictenschutz anrufen will, muss die *causa possessionis* nachweisen. Dieser Nachweis entspricht mithin der Entwicklung des römischen Privatrechts in allen seinen Teilen. Gegen diese von Rudorff in der 7. Auflage von Savignys *Recht des Besitzes* vertretene Anschauung von der *causa possessionis* hat sich Ihering in seinem *Besitzwillen* freilich mit Leidenschaft gewandt. Ihering will vielmehr, wenn der Interdictenschutz angerufen wird, überall Besitz angenommen wissen, wo der äussere Thatbestand desselben vorliegt, soweit nicht von der *anderen Seite* in der Person des angeblichen Besitzers ein Verhältnis dargethan wird, mit dem das römische Recht lediglich Detention verbindet (*causa detentionis*). Man denke sich aber ein derartiges Prozessverhältnis! Während sonst in jedem Prozess die Rechte aus den Klagehatsachen hergeleitet werden, wird hier die Klage aufgebaut auf *dem Grunde* eines ganz unqualifizierbaren Verhältnisses des Rechtssubjekts zur Sache, dem *ohne Angabe* der Entstehungsursache oft jeder sichere Halt fehlt. Diesem Rechtssubjekt soll erst in der Klagebeantwortung die Entstehungsursache dieses Verhältnisses entgegengehalten werden. Obgleich sonach die blossе Innehabung den Thatbestand des Besitzes an sich *nicht* erschöpft, soll die Innehabung dennoch ohne Weiteres den Interdictenschutz rechtfertigen und es nur dem Beklagten überlassen bleiben, nachzuweisen, dass die Entstehungsursache den juristischen Besitz nicht anerkennt, diese vielmehr allein auf Detention hinweist. Wie diese eigentümliche Verteilung der Beweislast aber sich begründen lässt, wird von Ihering gar nicht einmal zu erweisen versucht. Denn wenn der Beklagte auf die

*Entstehungsursache* zurückgreift, so bestreitet er damit doch die *Klagethatsachen*, insoweit sie mit *Rechtsfolgen* ausgestattet sind. In diesem Bestreiten vermag ich daher auch *allein* ein Leugnen des Klagegrundes zu sehen. Dabei kommt gar nicht in Frage, ob der Kläger die den Klagegrund rechtfertigenden Thatsachen ausdrücklich behauptet hat oder ob sie als selbstredend in das Besitzverhältnis mit eingeschlossen erscheinen. Die dem Beklagten auferlegte Beweislast widerspricht demnach allen Beweisregeln. Dem Beklagten soll, diesen Regeln zuwider, der Beweis der Behauptungen des Klägers auferlegt werden. Der Nachweis der Entstehungsursache, welche Ihering dem Besitzkläger ersparen will, ist für ihn überdies trotzdem nicht zu umgehen. Der Behauptung des Beklagten, dass nicht Besitz, sondern Detention vorliegt, vermag der Kläger doch nur *dadurch* zu begegnen, dass er seine Entstehungsursache aufdeckt und event. in Erweis stellt.

Ferner trifft auch die Ansicht Iherings *nicht* zu<sup>1)</sup>, dass, wenn man den Nachweis der Entstehungsursache für das Possessorium fordere, die *Publiciana*, als leichter zum Ziele führend, an dessen Stelle zu empfehlen wäre. Ihering übersieht dabei, dass der *Publiciana* doch die Einreden aus dem *Petitorium* entgegengestellt werden können. Leugnen will ich freilich nicht, dass nach Einführung der *Publiciana* man wohl häufiger, als bisher, *sogleich* das *Petitorium* in Angriff genommen haben wird, ohne vorher das Possessorium zu erledigen.

Wenn Ihering des Weiteren meint, dass es praktisch unausführbar sein dürfte, in den Besitzprozessen die

<sup>1)</sup> S. 183 a. a. O.

causa des Besitzes nachzuweisen<sup>1)</sup>, so kann ich ihm auch *in dieser Beziehung* nicht folgen. Besitzprozesse spielten sich offenbar auch bei den Römern — wie heute — namentlich in Ansehung von Grundstücken ab. Von beweglichen Sachen kamen wohl nur Sklaven vor. Der Nachweis der Entstehungsursache mochte aber bei *diesen* (meist wertvollen) Besitzobjekten wohl nur selten zu Schwierigkeiten führen.

Wenn endlich Ihering ausführt, dass alsdann auch Räuber und Diebe hätten beweisen müssen, dass sie die Sache geraubt und gestohlen hätten, so möchte ich dem entgegenhalten, dass, seit das jus possessionis auf die Grundlage des Willens gestellt war, auch die bona fides für den Interdiktschutz in Geltung kommen *musste*. Das auf freien Willen gestellte Privatrecht vermag einem auf dolus gegründeten Rechtsanspruch nicht zu Hilfe zu kommen. Wir sehen seitdem den Räuber und Dieb auch nur noch als pro possessore possessor in der Rolle des Beklagten auftreten, weil nur in *dieser* Stellung noch der Nachweis der causa possessionis entbehrlich war. Ich erinnere daran, dass der pro possessore possessor keineswegs *allein* bei der hereditatis petitio in Frage steht (I 11, 12, 13 D. V. 2.), sondern ebenso in anderen Rechtsverhältnissen vorzukommen scheint, wo auf Grund eines nichtigen Vertrages (z. B. Schenkung unter Ehegatten) Besitz übertragen wird (I 16 D. XLI. 2). In diesem letztzitierten Fragment sehen wir auch den beschenkten Ehegatten als pro possessore possessor bezeichnet, woraus bereits die Vermutung zu entnehmen ist, dass die Römer

<sup>1)</sup> a. a. O. S. 181.

<sup>2)</sup> Vgl. auch I 33 § 1 D. XLI. 3 und I 5 D. XLIII. 26.

diesem der rechtsgiltigen causa entbehrenden Besitzer den Interdiktschutz *nicht* gewährten.

Wie sehr die causa possessionis bereits die veteres beschäftigt haben mag, geht aus einer ganzen Reihe von Quellenbeispielen hervor, in denen der Satz: nemo sibi causam possessionis mutare potest, erörtert wird. Ich verweise auf I 3 §§ 18 u. 20 h. t. (Paulus); I 18 pr. h. t. (Celsus); I 19 § 1 h. t. (Marcellus); I 2 § 1 DXLI. 5 (Julian). Man hat aber bei der Erörterung dieser verschiedenen Beispiele den entschiedenen Eindruck, dass dieser Satz bei manchen Juristen kein richtiges Verständnis mehr findet. Jedenfalls ist die Auslegung sehr verschieden. Die Regel wollte offenbar seiner Zeit nur feststellen, dass Niemand den durch eine gewisse causa bestimmten Willen *ohne neue causa* in einen anderen Willen, so den Detentorwillen in einen Besitzwillen umsetzen darf.<sup>1)</sup> Gerade in der Zeitperiode, in der die Spaltung des Besitzes in einen juristisch geschützten und einen dieses Schutzes entbehrenden sich vollzog, musste notwendig die Frage auftauchen, wie die Sicherstellung des dominus gegenüber dem Detentor nach Möglichkeit zu erreichen sei und findet für *diese Zeit* der Satz seine volle Erklärung. Begreiflich ist aber auch, dass unter den gefestigten Rechtsgrundsätzen der späteren Kaiserzeit der Satz der veteres vielfach verschiedenartiger Deutung begegnete.

Völlig verfehlt scheint mir aber die Auslegung Iherings, welcher in dem angezogenen Satz die Machtlosigkeit des subjektiven Willens gegenüber der ob-

---

<sup>1)</sup> Vgl. *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 333.

jektiven Rechtsregel zu erkennen meint. Ich habe bereits darauf hingewiesen, wie schon in alter Zeit bei den Römern Verträge über den Besitz als Selbstzweck in Übung gewesen sein müssen und wie die Verträge über den Besitz späterhin verschiedenen Verträgen als Bestandteil eingefügt wurden. Schwerlich dürfte daher ein Grund dafür gefunden sein, die Verbindung solcher Vereinbarungen über den Besitz mit bestimmten Verträgen, die von Rechtswegen nur Detention zur Folge hatten, von Rechtswegen auszuschliessen. Solche Vereinbarungen mögen selten genug vorgekommen sein, da der Verpächter oder Commodant selbst den Besitzschutz sich zu wahren alle Veranlassung hatte. Dennoch ist solchen Vereinbarungen gewiss nichts in den Weg gelegt worden. Diese Überspannung der Rechtsregel gegenüber dem subjektiven Willen lässt sich mit der dispositiven Natur des Privatrechts durchaus nicht vereinigen.

Was ich aber aus dem mehrfach in verschiedenem Sinne gedeuteten Satz: *nemo sibi causam u. s. w.* für diesen Abschnitt entnehme, ist, dass allein die vielfache Berücksichtigung dieses von den veteres überkommenen Satzes darauf hinzuweisen scheint, wie die *causa possessionis* für das Besitzrecht von besonderer Bedeutung erachtet wurde. Auch dieses Moment mag neben allen anderen als Beweis dienen, dass die Entstehungsursache für die Besitzklagen nicht gleichgiltig gewesen sein kann.



## VIII.

Der Besitzerwerb bedurfte also ebenso einer causa, wie die Begründung eines jeden Rechtsverhältnisses im Privatrecht, welches unter dem Zeichen der bona fides stand. Mit dieser causa wurde dem bisher *allein* geltenden corpus der animus beigesellt, welcher den rein körperlichen Akt der Besitzübertragung zu begleiten und zu erläutern berufen war. Ohne den animus bliebe das corpus ein unqualifizierbares Faktum, das allenfalls in Zeiten genügen konnte, wo das Recht sich zu klaren Bildungen noch *nicht* aufgeschwungen hatte, das aber in Zeiten tieferer juristischer Erkenntnis einer beigegebenen Willenserklärung dringend bedurfte. Der animus erweist sich demnach als ein Ausdruck dessen, dass der Besitz als jus possessionis das Stadium einer res facti überschritten hatte und gleich allen anderen Rechtsverhältnissen auf den Willen der Beteiligten gegründet wurde. Ohne ausdrücklich erklärten Willen (einerlei ob in Worten oder anderen Handlungen) kann Besitz nicht erworben werden. In diesem Sinn hat auch Dernburg Recht, wenn er den Besitz als den Schöpfer des Besitzes bezeichnet, da in der That erst der Wille die körperliche Beziehung zu einer wirklichen Herrschaft gestaltet.<sup>1)</sup>

Das Wesen der Sache aber dürfte Dernburg, obwohl er demselben bereits in seinen Pandekten nahe gekommen zu sein schien, nicht zur Darstellung gebracht haben.<sup>2)</sup> Der

---


<sup>1)</sup> Bürgerliches Recht Bd. III S. 53.

<sup>2)</sup> Pandekten Bd. I S. 414. 5. Aufl.

Wille kommt nur als *erklärter Wille* in Frage; aber nicht schon der Wille, welcher aus irgend welchen näher oder ferner liegenden Thatsachen sich irgendwie erforschen lässt, sondern nur *der* Wille, der aus zielbewusst abgegebenen Willenserklärungen hervorgeht. Das römische Recht hat die richtige Erkenntnis hiervon gehabt, ganz ohne sich dazu philosophischer Hilfsmittel bedient zu haben. In unserem modernen Recht ist diese Erkenntnis mehr dunkel empfunden, als zum bewussten Ausdruck gekommen.

~~Ex RL~~  
6/6/28/





---

R. Paul Nietschmann Buchdruckerei  
Halle a. S.

---

